

TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS JURÍDICOS

Autoria:

Sidnei Di Bacco
Advogado

Introdução ao tema

Questão controvertida nos Tribunais de Contas, no Ministério Público e no Judiciário, envolvendo principalmente municípios, diz respeito à terceirização de serviços jurídicos e abrange duas problemáticas:

- a) possibilidade da terceirização;
- b) necessidade de licitação.

A discussão é bastante complexa, porém, em geral, os debates sobre o tema são superficiais e utilizam argumentos imprecisos, que podem levar a conclusões irrealistas, enganosas ou equivocadas.

A Nova Lei de Licitações também incorporou uma visão mais moderna sobre a questão.

Portanto, justifica-se um exame aprofundado do assunto, com o objetivo de contribuir para a busca de soluções ou, pelo menos, para expor as diversas facetas do problema e as inúmeras abordagens possíveis.

Município – procuradoria própria – necessidade – controvérsia – constituição – atuação – dificuldades

É indiscutível que os serviços jurídicos são essenciais, porém, a verdadeira discórdia diz respeito ao questionamento se eles precisam, necessariamente, ser prestados por funcionários próprios do município, é dizer, por servidores concursados e ocupantes de cargos efetivos.

Há um entendimento recorrente, principalmente no âmbito dos Tribunais de Contas, no sentido de que as atividades essenciais e permanentes – isto é, que não sejam passageiras e/ou precárias – devem ser executadas diretamente por servidores públicos.

Contudo, a aplicabilidade dessa simplória premissa enfrenta objeções no tocante aos serviços jurídicos, por que:

- a) o município não é obrigado a manter procuradoria própria e/ou atuar exclusivamente através dela (jurisprudência do STF); ¹

¹ As jurisprudências mencionadas nesse título serão esmiuçadas nos próximos tópicos.

b) o município poderá enfrentar dificuldades para constituir a procuradoria e/ou mantê-la suficientemente aprovionada, em decorrência de, por exemplo:

b.1) concurso frustrado que impede a admissão de advogado e/ou impossibilita a substituição de causídico que pediu exoneração, foi demitido, aposentou-se ou faleceu;

b.2) alta rotatividade de advogados, os quais permanecem pouco tempo no cargo público municipal, que, muitas vezes, é visto apenas como uma ocupação temporária destinada a viabilizar a obtenção de titulação e tempo de atividade jurídica, servindo unicamente como trampolim para a conquista de outros cargos melhor remunerados nas esferas estadual e federal;

c) o advogado público também poderá deparar-se com adversidades, tais como:

c.1) excesso de serviço, de índole temporária, em virtude de sazonalidade ou evento específico, ou de natureza permanente, em decorrência de insuficiência de advogados;

c.2) serviço incomum e/ou complexo, para o qual não está capacitado e/ou suficientemente preparado; os serviços rotineiros não são necessariamente triviais (jurisprudência do TCE-PR);

c.3) serviço que demanda exclusividade e/ou grande dedicação de tempo, prejudicando o atendimento de outras tarefas corriqueiras e também impreteríveis;

c.4) serviço que reivindica execução em tempo célere;

c.5) serviço que não se esgota com a simples formulação de peça escrita, petição ou parecer, mas reclama o acompanhamento "pari passu" de procedimento, administrativo ou judicial, instaurado, às vezes, fora do município, que exige viagens constantes, conversa com assessores, interlocução com relator, sustentação oral, etc.;

c.6) restrição para atuação em razão de parcialidade e/ou impedimento (jurisprudência do TCU).

Obviamente, esse rol é casuístico e não exaustivo, e outras peculiaridades locais poderão ser consideradas.

**Procuradoria municipal – instituição – não
obrigatoriedade – jurisprudência do STF**

É pacífico no STF que o município não é obrigado a manter procuradoria própria:

AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 893.694 SERGIPE

RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO

AGTE. (S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE

PROC. (A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SERGIPE

AGDO. (A/S): MUNICÍPIO DE PACATUBA

ADV. (A/S): FABIANO FREIRE FEITOSA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO – AUSÊNCIA DE IMPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL PARA A CRIAÇÃO DE ÓRGÃO DE ADVOCACIA PÚBLICA MUNICIPAL – DECISÃO QUE SE AJUSTA À JURISPRUDÊNCIA PREVALECENTE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – CONSEQUENTE INVIABILIDADE DO RECURSO QUE A IMPUGNA – SUBSISTÊNCIA DOS FUNDAMENTOS QUE DÃO SUPORTE À DECISÃO RECORRIDA – SUCUMBÊNCIA RECURSAL (CPC/15, ART. 85, § 11) – NÃO DECRETAÇÃO, POR TRATAR-SE, AUSENTE SITUAÇÃO DE COMPROVADA MÁ-FÉ, DE PROCESSO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA (LEI Nº 7.347/85, ART. 18) – AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

AG. REG. NOS EMB. DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.064.618 SÃO PAULO

RELATOR: MIN. ROBERTO BARROSO

AGTE. (S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROC. (A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

AGDO. (A/S): MUNICIPIO DE BARUERI

ADV. (A/S): PROCURADOR -GERAL DO MUNICÍPIO DE BARUERI

AGDO. (A/S): CAMARA MUNICIPAL DE BARUERI

ADV. (A/S): RONAN JOSE DA MATTA

DIREITO CONSTITUCIONAL. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPRESENTAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. EXERCÍCIO DA ADVOCACIA PÚBLICA. CRIAÇÃO DE ÓRGÃO PRÓPRIO. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES

1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) é firme no sentido de que não há previsão constitucional de obrigação aos municípios de criação de órgão de advocacia pública. Precedentes.

2. A decisão proferida pelo Tribunal de origem está alinhada ao entendimento firmado pelo STF no sentido de que é inconstitucional norma que autoriza a ocupante de cargo em comissão o desempenho das atribuições de assessoramento jurídico, no âmbito do Poder Executivo. Precedentes.

3. Inaplicável o art. 85, § 11, do CPC/2015, uma vez que não há prévia fixação de honorários advocatícios de sucumbência.

4. Agravo interno a que se nega provimento.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.117.576 SÃO PAULO

RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO

RECTE. (S): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROC. (A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

RECD. (A/S): PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE ITÁPOLIS

ADV. (A/S): JARBAS FRANCO

RECD. (A/S): PREFEITO DO MUNICÍPIO DE ITÁPOLIS

ADV. (A/S): ELBER DOUGLAS BUTARELLO RODRIGUES

RECURSO EXTRAORDINÁRIO – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO – MUNICÍPIO – PROCURADORIA – INSTITUIÇÃO – OBRIGATORIEDADE – INEXISTÊNCIA – PRECEDENTES – NEGATIVA DE SEGUIMENTO.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.156.016 SÃO PAULO

RELATOR: MIN. LUIZ FUX

RECTE. (S): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROC. (A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

RECD. (A/S): PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE TATUÍ

ADV. (A/S): DANIEL GOMES BELANGA

RECD. (A/S): PREFEITO MUNICIPAL DE TATUÍ

ADV. (A/S): GUILHERME ABRAHAM DE CAMARGO JUBRAM

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 5.071/2017 E DECRETO 17.729/2017 DO MUNICÍPIO DE TATUÍ - SP. ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS ARTIGOS 131 E 132 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INOCORRÊNCIA. NORMAS CONSTITUCIONAIS DE REPRODUÇÃO NÃO OBRIGATÓRIA PELOS ENTES MUNICIPAIS. INEXISTÊNCIA DE OBRIGATORIEDADE DE OS MUNICÍPIOS INSTITUÍREM PROCURADORIAS MUNICIPAIS. RECURSO INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AUSÊNCIA DE CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS NO JUÍZO RECORRIDO. IMPOSSIBILIDADE DE MAJORAÇÃO NESTA SEDE RECURSAL. ARTIGO 85, § 11, DO CPC/2015. RECURSO DESPROVIDO.

AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.156.016 SÃO PAULO

RELATOR: MIN. LUIZ FUX

AGTE. (S): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROC. (A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

AGDO. (A/S): PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE TATUÍ

ADV. (A/S): DANIEL GOMES BELANGA

AGDO. (A/S): PREFEITO MUNICIPAL DE TATUÍ

ADV. (A/S): GUILHERME ABRAHAM DE CAMARGO JUBRAM

AGRAVO INTERNO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ADVOCACIA PÚBLICA MUNICIPAL. AUSÊNCIA DE PREVISÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INEXISTÊNCIA DE NORMAS DE REPRODUÇÃO OBRIGATÓRIA. PRECEDENTES. CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. RESTRIÇÃO AO PODER DE AUTO-ORGANIZAÇÃO DOS MUNICÍPIOS. INVIABILIDADE. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.157.047 SÃO PAULO

RELATOR: MIN. LUIZ FUX

RECTE. (S): PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROC. (A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

RECD. (A/S): PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE BANANAL

ADV. (A/S): FLAVIO CORREA COUTINHO

RECD. (A/S): PREFEITO DO MUNICÍPIO DE BANANAL

ADV. (A/S): FABIANA NADER COBRA RIBEIRO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEIS COMPLEMENTARES 5/2008 E 192/2016 DO MUNICÍPIO DE BANANAL - SP. ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS ARTIGOS 131 E 132 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INOCORRÊNCIA. NORMAS CONSTITUCIONAIS DE REPRODUÇÃO NÃO OBRIGATÓRIA PELOS ENTES MUNICIPAIS. INEXISTÊNCIA DE OBRIGATORIEDADE DE OS MUNICÍPIOS INSTITUÍREM PROCURADORIAS MUNICIPAIS. RECURSO INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AUSÊNCIA DE CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS NO JUÍZO RECORRIDO. IMPOSSIBILIDADE DE MAJORAÇÃO NESTA SEDE RECURSAL. ARTIGO 85, § 11, DO CPC/2015. RECURSO DESPROVIDO.

AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.157.047 SÃO PAULO

RELATOR: MIN. LUIZ FUX

AGTE. (S): PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROC. (A/S) (ES): PROCURADOR -GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

AGDO. (A/S): PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE BANANAL

ADV. (A/S): FLAVIO CORREA COUTINHO
AGDO. (A/S): PREFEITO DO MUNICÍPIO DE BANANAL
ADV. (A/S): FABIANA NADER COBRA RIBEIRO
AGRAVO INTERNO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ADVOCACIA PÚBLICA MUNICIPAL. AUSÊNCIA DE PREVISÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INEXISTÊNCIA DE NORMAS DE REPRODUÇÃO OBRIGATÓRIA. PRECEDENTES. CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. RESTRIÇÃO AO PODER DE AUTO-ORGANIZAÇÃO DOS MUNICÍPIOS. INVIABILIDADE. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.205.434 SÃO PAULO

RELATOR: MIN. EDSON FACHIN
AGTE. (S): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROC. (A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGDO. (A/S): PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE CABREÚVA
ADV. (A/S): JEFFERSON BARADEL
AGDO. (A/S): PREFEITO MUNICIPAL DE CABREÚVA
PROC. (A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE CABREÚVA
AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CRIAÇÃO DE ÓRGÃO DE ADVOCACIA PÚBLICA MUNICIPAL. INEXISTÊNCIA DE OBRIGATORIEDADE. PRECEDENTES. TEMA 10 DA SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL. INAPLICABILIDADE. DESPROVIMENTO.
1. É pacífica a jurisprudência firmada no âmbito deste Supremo Tribunal Federal, no sentido de que não existe obrigatoriedade de criação, pelos municípios, de órgãos de Advocacia Pública. Precedentes.
2. Agravo regimental a que se nega provimento.

A Suprema Corte declarou que os serviços jurídicos do município não precisam ser executados por servidores públicos, logo, é lícito concluir que eles podem ser totalmente terceirizados.

No entanto, e se o município optou por constituir procuradoria própria e/ou admitir advogado concursado, continua válida a possibilidade de terceirização autorizada pelo STF? Se a resposta for positiva, qual a extensão dessa prerrogativa?

Não parece razoável acreditar que a simples instituição de advocacia própria ocasiona a renúncia definitiva do município de sua faculdade de terceirizar os serviços jurídicos, por que:

a) essa suposição encontra-se afastada da realidade e das particularidades locais dos municípios, pois ocasiões podem surgir onde a terceirização dos serviços jurídicos – ou a simples complementação do trabalho executado pelo corpo próprio – é necessária ou recomendável;

b) em regra, a abdicação de um direito deve ser interpretada restritivamente, como uma manifestação episódica e temporária, sujeita a retratação futura.

Portanto, a criação de procuradoria própria e/ou a contratação de advogado concursado não impedem o município de, seja qual for a tarefa, a qualquer tempo, conforme a necessidade, utilizar-se de serviços

de terceiros, a título de substituição (parcial ou total) ou complementação/apoio.

Assim, a natureza do serviço e a existência de advogado próprio são irrelevantes para definir a sorte da terceirização, que dependerá, exclusivamente, da discricionariedade do administrador, no exercício de um juízo de conveniência e oportunidade.

Terceirização – natureza do serviço

A natureza do serviço costuma ser eleita como um fator determinante para o estabelecimento da possibilidade da terceirização.

Afirma-se habitualmente que os serviços comuns ou rotineiros devem ser executados por servidores públicos, ao passo que as tarefas complexas e singulares podem eventualmente ser terceirizadas.

Essa concepção é perigosa e pode levar a equívocos.

A origem dessa confusão parece advir da Lei 8.666/1993, que, no art. 25, inciso II, ao estipular uma das hipóteses de contratação direta através de inexigibilidade de licitação, utiliza a redação “para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização”.

É curioso observar que o legislador não definiu o conceito de “natureza singular”, tendo se limitado a fixar a aceção de “notória especialização” (§ 1º do art. 25).

Segundo o dicionário Aurélio, “singular” quer dizer “único”, “particular”, “individual”, “que não é vulgar”, “especial”, “raro”, “extraordinário”, “excêntrico”, “extravagante” e “esquisito”.²

Depreende-se, então, que serviço de natureza singular representa uma tarefa incomum ou trabalho extraordinário, ou seja, que não pertence ao dia a dia.

Sucedo que, por motivos desconhecidos, o conceito de singularidade ganhou contornos e aplicabilidades que estão em desconformidade com o léxico e a Lei 8.666/1993.

As seguintes **incorreções** são frequentes:

1) “singularidade” não se confunde com “complexidade”; ou seja, o serviço incomum não é necessariamente complexo; o contrário

² Novo Aurélio Século XXI: O Dicionário da Língua Portuguesa. 3ª ed. Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1999, p. 1861.

também é verdadeiro: o serviço comum ou corriqueiro não é forçosamente banal ou simplório; nesse sentido, a jurisprudência do TCE-PR:

PROCESSO Nº: 1068370/14
ASSUNTO: RELATÓRIO DE INSPEÇÃO
ENTIDADE: MUNICÍPIO DE RESERVA
INTERESSADO: LUIZ CARLOS VOSNIAK, MARIO PEDROSO DE MORAES
ADVOGADO/PROCURADOR:
RELATOR: CONSELHEIRO ARTAGÃO DE MATTOS LEÃO

ACÓRDÃO Nº 1759/17 - Segunda Câmara

Ementa: Relatório de Inspeção. Município de Reserva. Exercício de 2013. Aprovação Parcial do Relatório de Inspeção, mantendo-se os Achados 01, 02 e 06. MULTAS.

(...)

No que tange a Tomada de Preços nº 32/2011, que originou a celebração do contrato nº 005/2012, no valor de R\$ 99.600,00, com a Empresa Técnica de Apoio a Administração Pública e Gestão Pública Ltda., para a prestação de serviços de assessoria e acompanhamento de gestão (ACHADO Nº 05), a Unidade Técnica destacou que os serviços contratados não se referem a serviços específicos e especializados, mas sim serviços típicos, restando clara a afronta ao artigo 37, II, da Constituição Federal e ao Prejulgado nº 6 desta Casa.

Inicialmente cumpre frisar que, muito embora os serviços sejam típicos à administração, tal fator não lhes retira o caráter especializado, como, aliás, estabelece o artigo 13, da Lei 8.666/93:

Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:

I - estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;

II - pareceres, perícias e avaliações em geral;

III - assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

IV - fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;

V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;

VI - treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;

VII - restauração de obras de arte e bens de valor histórico.

A situação, no entanto, não pode ser confundida com os serviços que, embora especializados, tem natureza singular e com notória especialização dos seus prestadores, como reza o artigo 25, da mesma legislação federal.

Portanto, mesmo que os serviços contratados pelo Município no exercício de 2014 tenham natureza anfêmera, não se pode, por tal característica, considerar-lhes comuns, simples ou banais.

Neste contexto, mesmo que os serviços tenham sido prestados para assessoramento administrativos em serviços típicos, NÃO vislumbro que se tenham indícios de substituição de mão de obra que possam concretizar afronta ao artigo 37, II, da Constituição Federal, ou mesmo ao Prejulgado nº 6, da Corte, uma vez que o Município possui, desde 2007, servidor efetivo e responsável técnico pelo setor, conforme informações obtidas junto ao Sistema de Cadastro de Entidades - SICAD.

Nestes termos, afasto a INCONFORMIDADE do item, assim como as MULTAS e DETERMINAÇÕES sugeridas pela Unidade.

2) a singularidade é requisito unicamente para a contratação direta através de inexigibilidade de licitação; portanto, a caracterização do serviço como habitual ou ordinário não constitui impedimento à terceirização, mas exigirá tão somente a realização de licitação.

O quadro abaixo afasta as mencionadas ambiguidades:

SERVIÇO	COMPLEXIDADE	TERCEIRIZAÇÃO	LICITAÇÃO
Ordinário Comum Corriqueiro	SIM ou NÃO	SIM	SIM
Extraordinário Incomum Singular	SIM ou NÃO	SIM	NÃO*

* O contratado deve ostentar notória especialização.

3) a singularidade do serviço não exige que exista um único profissional apto, mas sim que se demonstre a presença de característica própria do serviço que justifique a contratação de um profissional dotado de determinadas características, em detrimento de outros potenciais candidatos.³

Outrossim, um serviço inicialmente corriqueiro e simples poderá transformar-se em singular e/ou complexo.

A proposição de uma execução fiscal integra a rotina de um advogado municipal, todavia, se o valor da causa for elevado, e, por consequência, eventual derrota atrair o pagamento de altos honorários de sucumbência, e o processo subir em grau de recurso ao TJ, STJ ou STF, fará sentido a contratação de um escritório advocatício especializado para atuar nesses tribunais e fazer os contatos nos bastidores (assessores e relator) e providenciar a sustentação oral.

A instauração de uma sindicância, procedimento relativamente rotineiro, poderá exigir a realização de algum serviço que seja incomum, por exemplo, a promoção de uma auditoria.

A ocorrência de conflito de interesses ou parcialidade de servidores públicos também pode justificar a terceirização. Confira-se a jurisprudência do **TJ-PR**:

REEXAME NECESSÁRIO Nº 0002755-61.2017.8.16.0072, DA COMARCA DE COLORADO - VARA DA FAZENDA PÚBLICA
 Autor: MARIANA TOMAZELI DA SILVA
 Réu: JÚNIOR MARCELINO DOS SANTOS E MUNICÍPIO DE SANTO INÁCIO
 Relator: DES. NILSON MIZUTA
 (...)
 Isso porque, os serviços contratados não exigiam apenas conhecimentos técnicos específicos em administração pública e contabilidade, mas também isenção e imparcialidade, porque certamente os servidores atuariam de modo a manter seus respectivos vínculos empregatícios, ou seja, a condição de servidores poderia prejudicar a eleição de medidas para reduzir despesas e cumprir a Lei de Responsabilidade Fiscal.

³ Texto extraído do Inquérito 3.074/SC da relatoria do Min. Roberto Barroso.

Note-se que não é possível, com antecedência, estabelecer o rol de serviços singulares e/ou complexos. As peculiaridades do município é que irão definir a necessidade ou não da terceirização. Uma tarefa cotidiana e descomplicada para um município pode representar uma atividade atípica e difícil para outro.

Serviços jurídicos – terceirização – entendimento do TCU

O **TCU** admite a terceirização dos serviços jurídicos em três hipóteses – Decisão 494/1994-Plenário, Acórdão 250/2002-2ª Câmara e Acórdão 141/2013-Plenário:

- a) demanda excessiva, incompatível com o volume de serviço possível de ser executado por servidores ou empregados do quadro próprio;
- b) especificidade do objeto a ser executado;
- c) conflitos entre os interesses da instituição e dos empregados que poderiam vir a defendê-la.

Contudo, esse entendimento restritivo deve ser visto com reservas quanto à sua aplicabilidade aos municípios.

Isso porque a competência e a fiscalização do TCU direcionam-se à União Federal, que, diferentemente dos municípios, e por exigência do art. 131 da Constituição Federal, constituiu órgão de advocacia pública, no caso, a Advocacia-Geral da União.

Os Estados e o Distrito Federal também são obrigados a instituir procuradorias próprias – CF, art. 132.

No entanto, a Carta Magna é silente quanto às procuradorias municipais, o que levou o STF a assentar que:

- a) as normas dos arts. 131 e 132 são de reprodução não obrigatória pelos entes municipais;
- b) não há obrigatoriedade de os municípios instituírem procuradorias próprias.

Todavia, a jurisprudência do TCU representa uma valiosa sugestão – não exaustiva – de possibilidades de terceirização dos serviços jurídicos.

Serviços jurídicos – terceirização – consultoria – entendimento do TCE-PR

Através do **Prejulgado nº 6**, o TCE-PR fixou regras gerais para a contratação de contadores e advogados pelos entes municipais, abrangendo prefeituras, câmaras, autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e consórcios intermunicipais. Trata de cargos efetivos, cargos comissionados, terceirização e consultoria.

O documento não é de fácil leitura e entendimento, dada a extensão dos temas tratados, inclusive de natureza contábil, e a miríade de entidades envolvidas.

Não obstante, é possível extrair os seguintes critérios:

Terceirização

- 1) Concurso público frustrado ou inexistência do cargo ou extinção do cargo no quadro permanente;
- 2) Contratação de pessoa física ou jurídica através de procedimento licitatório, não cabendo inexigibilidade de licitação por notória especialização;
- 3) Contrato com duração de até 60 meses, devendo-se repetir o concurso público dentro desse interregno;
- 4) O valor que deverá ser pago à terceirizada será, no máximo, o mesmo que seria pago ao servidor que ocuparia o cargo efetivo (valores constantes do quadro ou plano de cargos e salários);
- 5) A terceirização deverá cumprir normas específicas, atentando-se para que a prestação dos serviços não venha a caracterizar vínculo empregatício, ou seja, existência de controle de horário, subordinação e dependência econômica;
- 6) Como se trata de substitutivo de pessoal, incluir-se-á no limite com gastos de pessoal.

Consultoria

- 1) São possíveis para questões que exijam notória especialização, em que reste demonstrada a singularidade do objeto ou ainda, que se trate de demanda de alta complexidade;
- 2) Poderá haver contratação direta, mediante um procedimento simplificado;
- 3) Desde que seja para objeto específico e que tenha prazo determinado compatível com o objeto, não podendo ser aceitas para as finalidades de acompanhamento da gestão.

O TCE-PR não estabelece a distinção entre “terceirização” e “consultoria”, entretanto, é possível concluir que o parâmetro para a



diferenciação é simplesmente a existência ou não de servidor efetivo no quadro próprio.

Hipóteses possíveis:

HIPÓTESE	PROFISSIONAL CONCURSADO	CONCURSO FRUSTRADO	TERCEIRIZAÇÃO SUBSTITUTIVA	TETO DE PREÇO	LICITAÇÃO	TERCEIRIZAÇÃO ILEGAL
Terceirização	Não	Sim	Sim	Sim	Sim	Não
Terceirização	Não	Não	Sim	Sim	Sim	Sim
Terceirização	Sim	-	Sim	Sim	Sim	Sim
Consultoria	Sim	-	Não	Não	Não	Não

Nota-se que:

a) o TCE-PR reputa obrigatória a admissão de advogado concursado, ou, pelo menos, a tentativa de provimento, concepção que claramente ofende a jurisprudência do STF;

b) a terceirização somente é permitida no caso de inexistência de servidor efetivo e tentativa frustrada de concurso público; há necessidade de licitação, exigência que, no caso de advogado notoriamente especializado, viola a Lei 14.039/2020;

c) se houver servidor efetivo, é admitida apenas consultoria; o serviço deve ser específico, singular ou de alta complexidade, e por prazo determinado (leia-se "efêmero"); o profissional contratado deve ostentar notória especialização; pode haver contratação direta;

d) não é permitida a contratação de assessoria ou consultoria para acompanhamento da gestão.

Por que o TCE-PR exige licitação para terceirização e não a impõe para consultoria? O motivo é desconhecido, todavia, parece não haver fundamento legal ou lógico para o tratamento diferenciado.

Com efeito, nos termos do art. 25, inciso II, da Lei 8.666/1993, a licitação é inexigível quando satisfeitos dois requisitos: serviço técnico de natureza singular e prestador com notória especialização. A presença de tais características independe da existência, ou não, de servidor efetivo no quadro do município.

Ademais, a partir da Lei 14.039/2020, a sorte da licitação passou a ser definida por uma única circunstância, a notória especialização do prestador de serviços, eis que a singularidade do objeto é presumida.

Portanto, a rigor, tanto a terceirização como a consultoria podem ser contratadas sem licitação, desde que o prestador de serviços possua notória especialização.

Outrossim, a diferenciação entre "terceirização" e "consultoria" feita pelo TCE-PR parece um tanto artificial e forçada, eis que,

etimologicamente, assessoria e consultoria são apenas espécies do gênero terceirização.

Seja como for, a distinção tem utilidade prática, máxime para fins contábeis, pois a terceirização é considerada como substitutiva de servidores públicos e, por esta razão, deve ser incluída no índice da despesa com pessoal.⁴

A consultoria, por sua vez, pressupõe a existência de servidor próprio, logo, é qualificada como não substitutiva.

Contudo, o grande desacerto do TCE-PR diz respeito à não aceitação da consultoria de gestão, é dizer, o assessoramento de caráter permanente com vigência durante o mandato.

Observa-se, no ponto, que o TCE-PR, erroneamente, presumiu que os serviços singulares e/ou complexos são pontuais e ocasionais, ou, dito de forma diferente, que as tarefas habituais são sempre simplórias. Essa suposição é falsa ou, no mínimo, não pode ser aplicada de forma automática, sem a prévia análise das peculiaridades e eventuais deficiências do município, especialmente:

- a) falta de servidores;
- b) incapacidade e/ou limitação técnica dos funcionários existentes;
- c) excesso de trabalho.

O simples fornecimento de capacitação e/ou a admissão de novos servidores não garantem a resolução do problema, por que:

- i) a capacitação pode não estar disponível ou pode não ser acessível para a realidade financeira do município;
- ii) pode não haver servidores disponíveis para a capacitação;
- iii) os servidores podem não manifestar interesse na capacitação, ou talvez não cumpram os requisitos de escolaridade e/ou formação técnica exigidos;
- iv) a simples capacitação não confere experiência e segurança na execução do serviço, que somente são conquistados ao longo do tempo;

⁴ LRF, art. 18, § 1º: Os valores dos contratos de terceirização de mão-de-obra que se referem à substituição de servidores e empregados públicos serão contabilizados como "Outras Despesas de Pessoal".

v) o concurso público não assegura a seleção de servidores capacitados e experientes; aliás, em regra, é ilegal a exigência de prévia experiência na área pública e tampouco se pode pontuá-la em prova de títulos.

Assim, a contratação de assessoria ou consultoria pode revelar-se a solução mais sensata e viável, pois:

- 1) garantirá a obtenção de um profissional preparado e experiente para a execução da tarefa;
- 2) não impactará no índice da despesa com pessoal;
- 3) poderá ser encerrada a qualquer tempo, sem onerar permanentemente o erário.

Essa avaliação compete exclusivamente ao administrador, cuja competência e discricionariedade não podem ser invadidas e/ou tolhidas e/ou substituídas por um órgão externo.

Serviços jurídicos – terceirização – cabimento – regra geral

Existe uma regra genérica que informa quando é possível a terceirização dos serviços jurídicos: **sempre que houver impossibilidade de sua satisfação mediante os recursos de que dispõe a administração pública.**

É o que ensina MARÇAL JUSTEN FILHO: ^{5 6}

Uma vez mais temos um dispositivo que nos desperta a atenção e daí o motivo pelo qual me dedico a ele. Nós temos a seguinte redação: "É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial: II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação." O que tem chamado a atenção da doutrina é a fórmula de natureza singular. Tem-se questionado e tem-se buscado descobrir o que significa isto: quando o serviço tem natureza singular. Há algumas lições famosas, sempre reiteradas, porque são precursoras nessa linha, que são as lições de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, ainda na vigência do Decreto-Lei nº 2.300, que nesta passagem tinha uma redação similar, quase idêntica à atual lei. E na vigência do Dec.-lei nº 2.300, CELSO ANTÔNIO produziu alguns comentários sobre o que significa essa singularidade, quais são os pressupostos à licitação, algo que tem reiterado nas suas

⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. Cautelas e formalidades necessárias no processo de contratação por dispensa: inexigibilidade por notória especialização: contratação de advogados e demais serviços técnicos – preços superfaturados ou inexequíveis e a responsabilidade da autoridade competente. *Boletim de licitações e contratos*, v. 10, n. 6, jun. 1997, p. 272-274.

⁶ Citado pela Procuradoria-Geral da República no parecer emitido por RODRIGO JANOT MONTEIRO DE BARROS na ADC 45/DF.

obras, e mesmo no seu *Curso de Direito Administrativo* mantém ele essas noções que são básicas e extremamente procedentes. Mas ainda assim não se encontra uma solução definitiva ou mais satisfatória para indicar a interpretação a ser dada a esse dispositivo. Pretendo acrescentar alguma coisa acerca disso, e dizendo, basicamente, que a tentativa de descobrir singularidade do serviço parece-me bastante difícil de ser bem-sucedida; **porque o problema não é a singularidade do serviço em si mesmo, o problema é a singularidade do interesse público a ser satisfeito. Ou seja, quando se alude a singularidade do serviço, está se aludindo a uma espécie de singularidade reflexa; o que é singular, o que é especial, o que é diferente, o que é peculiar não é o serviço que vai ser ofertado propriamente dito; o que é singular, especial, diferente, peculiar é o interesse público que tem que ser satisfeito através desse serviço.** Em última análise, particular com inexigibilidade de licitação, essa escolha retrata uma necessidade da Administração Pública, que ela, sim, é singular, é especial. É mais fácil identificar a singularidade do ponto de vista do interesse público a ser satisfeito do que do serviço. Um exemplo prático: vamos imaginar que há necessidade de contratar um jurista para defender o Estado de São Paulo numa questão de intervenção federal do Supremo Tribunal Federal. Vai-se afirmar: o serviço é singular. O serviço é singular na medida em que ele reflete a singularidade do interesse público. Onde está a peculiaridade do assunto? Está no interesse público que tem que ser defendido; depara-se com uma situação em que o Estado, supõe-se, não pode ser satisfatoriamente atendido; a necessidade pública não vai ser eliminada na medida em que o Estado não recorra aos préstimos de um particular, particular esse que é o único ou o mais adequado ou é, certamente, inquestionavelmente adequado a satisfazer o interesse público. Logo, temos que retirar do foco a análise do serviço em si, ou melhor, o serviço se analisa em segundo lugar; primeiro analisa-se a singularidade do interesse. Quando se dá essa singularidade do interesse? **A singularidade do interesse se dá quando há impossibilidade de sua satisfação mediante os recursos de que dispõe a Administração Pública.** Em primeiro lugar, portanto, vai-se viabilizar a contratação de um terceiro, na medida em que a Administração Pública reconhece que tem uma necessidade e que essa necessidade não pode ser satisfeita pelos recursos de que dispõe ordinariamente no seu quadro. Concordo com uma primeira ponderação do professor SÉRGIO FERRAZ no sentido de que a ideia da contratação vai passar, em primeiro lugar, pela análise de condições da Administração Pública ser satisfeita com o seu próprio instrumental; imaginemos advogado, médico, qualquer tipo de serviço técnico-profissional especializado. A Administração dispõe, nos seus quadros, de profissionais; se não dispõe, já temos uma situação óbvia e clara; se dispõe desses profissionais - em princípio, no campo da advocacia sempre disporá, até por uma imposição constitucional, em se tratando de pessoa política - a Administração tem que verificar se o desempenho das atividades corresponde àquele serviço, se este desempenho pode ou não ser feito com os recursos de que ela, Administração, dispõe; se ela dispõe; se ela dispõe de recursos adequados não é o caso de inexigibilidade, nem de contratação de terceiro. A Administração Pública não vai nem cogitar da inexigibilidade porque tem o dever de recorrer aos seus próprios quadros para satisfazer o interesse público. Imaginando que, num primeiro momento, se verifique que o interesse público somente pode ser satisfeito através de recurso de terceiro, há necessidade de verificar se é possível satisfazer o interesse público mediante seleção por via de licitação. E aí teremos, basicamente, a questão que surge com a opinião do professor SÉRGIO FERRAZ quando sustenta que é incompatível com o regime jurídico, com o exercício da advocacia, a participação em

certames desta ordem, numa licitação, porque isso importaria num desvirtuamento dos deveres que recaem sobre o advogado.

Portanto, é **irrelevante** a natureza do serviço, ou seja, se é corriqueiro ou singular, simples ou complexo.

Se a administração não pode executá-lo diretamente, através de seus próprios servidores, de forma proficiente, a terceirização está autorizada.

Serviços jurídicos – licitação

Regra geral, qualquer espécie de contratação feita pela administração pública submete-se à exigência da prévia realização de licitação – CF, art. 37, inciso XXI.

As exceções são basicamente duas e estão previstas na Lei 8.666/1993:

a) art. 24, inciso II – dispensa de licitação em razão do pequeno valor da despesa, atualmente de R\$ 17.600,00; a Lei 14.065/2020 alterou o valor para R\$ 50.000,00 durante a vigência do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo 6/2020 (pandemia do coronavírus); ⁷

b) art. 25, inciso II – inexigibilidade de licitação – contratação de serviços técnicos profissionais especializados de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização.

Especificamente quanto à inexigibilidade de licitação, prevê a **Lei 8.666/1993**:

Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:

I - estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;

II - pareceres, perícias e avaliações em geral;

III - assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;

V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;

VI - treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

§ 1º. Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações,

⁷ A Nova Lei de Licitações fixa em R\$ 50.000,00 o teto de dispensa de licitação para outros serviços e compras – art. 75, inciso II.

organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

A contratação direta através de **inexigibilidade de licitação** exige o atendimento de dois requisitos:

a) objeto – singularidade – o serviço terceirizado deverá ser incomum ou peculiar;

b) contratado – notória especialização – o prestador de serviços deverá possuir expertise para a execução do objeto.

No caso de serviços jurídicos, a singularidade é presumida, a teor da Lei 14.039/2020. No entanto, a notoriedade do contratado continua sendo exigida, assim, a ausência ou não comprovação dessa condição impõem a realização de licitação.

Lei de Licitações – art. 25, inciso II – constitucionalidade

O STF declarou a **constitucionalidade** do art. 25, inciso II, da Lei 8.666/1993, inclusive quanto à contratação de serviços de consultoria, patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 656.558 SÃO PAULO

RELATOR: MIN. DIAS TOFFOLI

RECTE. (S): ANTÔNIO SÉRGIO BAPTISTA ADVOGADOS ASSOCIADOS S/C LTDA

ADV. (A/S): MARIA FERNANDA PESSATTI DE TOLEDO E OUTRO (A/S)

ADV. (A/S): BRUNA SILVEIRA SAHADI

RECDO. (A/S): MINISTERIO PUBLICO DO ESTADO DE SAO PAULO

PROC. (A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

INTDO. (A/S): ADILSON FRANCO PENTEADO

ADV. (A/S): JOSÉ GERALDO SIMIONI

INTDO. (A/S): PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE ITATIBA

ADV. (A/S): NATALINA APARECIDA DELFORNO DOS SANTOS ALVES

INTDO. (A/S): CELSO APARECIDO CARBONI

ASSIST. (S): CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - CFOAB

ADV. (A/S): RAFAEL BARBOSA DE CASTILHO

ADV. (A/S): OSWALDO PINHEIRO RIBEIRO JÚNIOR E OUTRO (A/S)

AM. CURIAE.: CESA - CENTRO DE ESTUDOS DAS SOCIEDADES DE ADVOGADOS

ADV. (A/S): RUBENS NAVES E OUTRO (A/S)

AM. CURIAE.: UNIÃO

PROC. (A/S) (ES): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Por derradeiro, proponho a aprovação das seguintes teses, com repercussão geral:

a) **É constitucional a regra inserta no inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/93, que estabelece ser inexigível a licitação para a contratação dos serviços técnicos enumerados no art. 13 dessa lei, desde que i) preenchidos os requisitos nela estabelecidos, ii) não haja norma impeditiva à contratação nesses termos e iii) eles tenham natureza singular e sejam prestados por profissionais ou empresas de notória especialização, inclusive no que tange à execução de serviços de consultoria, patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas.**

b) Para a configuração da improbidade administrativa, prevista no art. 37, § 4º, da Constituição Federal, faz-se necessária a presença de dolo ou culpa, caracterizados por ação ou omissão do agente, razão pela qual, não havendo prova do elemento subjetivo, não se configura o ato de improbidade administrativa, em qualquer uma das modalidades previstas na Lei nº 8.429/92 - Lei de Improbidade Administrativa.

Lei 14.039/2020 – serviços jurídicos – presunção de singularidade

Em **agosto/2020**, foi publicada a **Lei 14.039/2020**, que reconhece a **natureza técnica e singular dos serviços prestados por advogados**:

Art. 1º. A Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da OAB), passa a vigorar acrescida do seguinte art. 3º-A:

“Art. 3º-A. Os serviços profissionais de advogado são, por sua natureza, técnicos e singulares, quando comprovada sua notória especialização, nos termos da lei.

Parágrafo único. Considera-se notória especialização o profissional ou a sociedade de advogados cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.”

Essa lei é claramente uma norma interpretativa ou norma sobre normas, ou seja, aquela editada pelo próprio legislador, visando traduzir o significado de texto de norma ou parte de outra norma, e, como tal, essa interpretação é denominada autêntica e tem efeitos retroativos.

Além disso, a lei estabelece uma espécie de presunção no sentido de que os serviços jurídicos são de natureza singular.

A singularidade vislumbrada pelo legislador não é resultado de convicção política, favoritismo ou sectarismo, mas decorre das peculiaridades intrínsecas da prestação de serviços jurídicos, entre outras, trabalho intelectual e relação de confiança.

Constata-se uma incorreção na lei quando afirma “os serviços profissionais de advogado são, por sua natureza, técnicos e singulares, quando comprovada sua notória especialização”.

Na verdade, a singularidade é atributo do serviço ou objeto, logo, a sua caracterização não depende da aptidão do prestador.

Seja como for, a mensagem do legislador é clara: a licitação será inexigível quando o profissional advocatício comprovar a sua notória especialização.

Serviços jurídicos – trabalho intelectual – relação de confiança – inviabilidade de competição

A **singularidade** dos serviços jurídicos também pode ser aferida com base nos seguintes predicados:

- a) trabalho intelectual;
- b) relação de confiança;
- c) impossibilidade de competição.

O reconhecimento de que a prestação de serviços jurídicos constitui trabalho intelectual e pressupõe a existência de relação de confiança consta na **justificativa** do Projeto de Lei 4.489/2019, apresentado pelo Deputado Federal Efraim Filho, que deu origem à **Lei 14.039/2020**:

O advogado é indispensável à administração da justiça, nos termos do art. 133 da Constituição Federal. Nesse aspecto, cumpre o advogado função social de alta relevância para a República, uma vez que lhe compete, por mandamento constitucional, a defesa, em último grau, dos postulados da república, da democracia e da própria Constituição Federal.

Neste contexto, para exercer tão relevante mister, com evidente múnus público, o advogado passa por um rigoroso processo seletivo, desde um curso de Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais de 05 (cinco) anos de academia, além de uma habilitação profissional extremamente rigorosa pelo Exame da Ordem, e, ainda, a análise da sua vida pregressa que não tenha qualquer pecha que desabone sua honra e sua conduta, para só então ser deferido o seu registro junto à Ordem dos Advogados do Brasil.

Tal complexidade para o exercício profissional é justificada em razão de sua atribuição constitucional acima mencionada, não sendo reconhecida em outra classe profissional tamanho grau de exigência para o exercício da profissão.

Tais critérios, por si, justificam dizer que o advogado é um profissional que possui notória especialização intelectual, atestada pelo rigoroso ingresso nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil e detentor da prerrogativa constitucional de defensor da justiça.

Também é correto dizer que, diante desse quadro de notória especialização intelectual, e, por força de princípio constitucional, **a atividade advocatícia não pode ser taxada como comum, ordinária ou singela, em nenhuma hipótese, sendo uma atividade de natureza técnica e singular, consubstanciada pela confiança depositada pelo seu constituinte.**

Contudo, a ausência de previsão legal expressa tem levado a interpretações que acabam por ferir o livre exercício profissional, as prerrogativas, e a própria autoestima do advogado, onde se tem colocado o patamar dos serviços advocatícios como absolutamente comuns, quando, na verdade, **são singulares em razão da notória especialização intelectual do advogado e da confiança depositada pelo seu constituinte.**

Somente ao profissional da advocacia é dado realizar assessoria ou consultoria jurídica, e patrocínio ou defesa de causas judiciais, daí resta evidente a singularidade dos serviços

advocáticos. Tal entendimento se filia ao Prof. Marçal Justen Filho, que diz:

"pode-se dizer que o serviço é singular em virtude de suas próprias características, que o diferenciam de outros, ou que ele o é porque depende de qualificações especiais da pessoa que irá executá-lo." (JUSTEN FILHO, Marçal. Ainda a inviabilidade de competição para contratação de serviços técnicos profissionais especializados. Fórum de Contratação e Gestão Pública, v. 2, n. 17, p. 2.064, maio 2003)

Da mesma forma, na ADC n° 45, proposta no Supremo Tribunal Federal, por este Conselho Federal, consta: "que os critérios da notória especialização e da singularidade do serviço são intrínsecos à atividade profissional em si". Concluiu-se, naquela oportunidade: "pela impossibilidade de se determinar a notória especialização nos casos de avaliação da atividade advocatícia, cujos parâmetros são deveras ampliativos a permitir uma determinação precisa caso a caso".

Assim sendo, nada mais justo que propor o debate perante o Congresso Nacional para que, diante da relevância profissional da atividade do advogado, diante dos contornos éticos e do múnus público atribuído pela constituição Federal, considerar que os serviços profissionais do advogado são, por natureza, técnicos e singulares, em razão de sua notória especialização intelectual e da confiança outorgada pelo seu contratante.

Por estarmos convictos da justeza dessa medida, conclamamos os nobres Pares a aprovarem a presente proposição.

Sala das Sessões, em 04 de agosto de 2009

Deputado EFRAIM FILHO

Essa percepção é avalizada pelo STJ e CNMP.

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL N° 1.192.332 - RS (2010/0080667-3)

RELATOR: MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

RECORRENTE: ÉLBIO DE MENDONÇA SENNA

ADVOGADO: JOSÉ ALEXANDRE BARBOZA JUNQUEIRA E OUTRO(S)

RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

EMENTA

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS COM DISPENSA DE LICITAÇÃO. ART. 17 DA LIA. ART. 295, V DO CPC. ART. 178 DO CC/16. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. ARTS. 13 E 25 DA LEI 8.666/93. **REQUISITOS DA INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. SINGULARIDADE DO SERVIÇO. INVIABILIDADE DE COMPETIÇÃO. NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO. DISCRICIONARIEDADE DO ADMINISTRADOR NA ESCOLHA DO MELHOR PROFISSIONAL, DESDE QUE PRESENTE O INTERESSE PÚBLICO E INOCORRENTE O DESVIO DE PODER, AFILHADISMO OU COMPADRIO.** RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Quanto à alegada violação ao 17, §§ 7o., 8o., 9o. e 10 da Lei 8.429/92, art. 295, V do CPC e art. 178, § 9o., V, b do CC/16, constata-se que tal matéria não restou debatida no acórdão recorrido, carecendo de prequestionamento, requisito indispensável ao acesso às instâncias excepcionais. Aplicáveis, assim, as Súmulas 282 e 356 do STF.

2. Em que pese a natureza de ordem pública das questões suscitadas, a Corte Especial deste Tribunal já firmou entendimento de que até mesmo as matérias de ordem pública devem estar prequestionadas. Precedentes: AgRg nos EREsp 1.253.389/SP, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 02/05/2013; AgRg nos EAg 1.330.346/RJ, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJe 20/02/201

3; AgRg nos EREsp 947.231/SC, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJe 10/05/2012.

3. Depreende-se, da leitura dos arts. 13 e 25 da Lei 8.666/93 que, para a contratação dos serviços técnicos enumerados no art. 13, com inexigibilidade de licitação, imprescindível a presença dos requisitos de natureza singular do serviço prestado, inviabilidade de competição e notória especialização.

4. É impossível aferir, mediante processo licitatório, o trabalho intelectual do Advogado, pois trata-se de prestação de serviços de natureza personalíssima e singular, mostrando-se patente a inviabilidade de competição.

5. A singularidade dos serviços prestados pelo Advogado consiste em seus conhecimentos individuais, estando ligada à sua capacitação profissional, sendo, dessa forma, inviável escolher o melhor profissional, para prestar serviço de natureza intelectual, por meio de licitação, pois tal mensuração não se funda em critérios objetivos (como o menor preço).

6. Diante da natureza intelectual e singular dos serviços de assessoria jurídica, fincados, principalmente, na relação de confiança, é lícito ao administrador, desde que movido pelo interesse público, utilizar da discricionariedade, que lhe foi conferida pela lei, para a escolha do melhor profissional.

7. Recurso Especial a que se dá provimento para julgar improcedentes os pedidos da inicial, em razão da inexistência de improbidade administrativa.

Conselho Nacional do Ministério Público

RECOMENDAÇÃO Nº 36, DE 14 DE JUNHO DE 2016.

Dispõe sobre recomendação acerca das cautelas que devem ter os membros do Ministério Público ao analisar a contratação direta de advogados ou escritórios de advocacia por ente público.

O CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, no exercício da competência fixada no artigo 130-A, §2º, I, da Constituição Federal e com fundamento no artigo 147, inciso IV, do Regimento Interno do Conselho Nacional do Ministério Público RICNMP, nos autos da Proposição nº 0.00.000.000171/2014-42, julgada na 2ª Sessão Extraordinária, realizada em 14 de junho de 2016;

Considerando que para a contratação dos serviços técnicos enumerados no art. 13 da Lei nº. 8.666/93, com inexigibilidade de licitação, imprescindível a presença dos requisitos de natureza singular do serviço prestado, inviabilidade de competição e notória especialização;

Considerando que o Superior Tribunal de Justiça no REsp nº. 1.192.332/RS (2010/0080667-3), julgado em 12/11/2013, entendeu que é impossível aferir, mediante processo licitatório, o trabalho intelectual do advogado, pois trata-se de prestação de serviços de natureza personalíssima e singular, mostrando-se patente a inviabilidade de competição; e que a singularidade dos serviços prestados pelo advogado consiste em seus conhecimentos individuais, estando ligada à sua capacitação profissional, sendo, dessa forma, inviável escolher o melhor profissional, para prestar serviço de natureza intelectual, por meio de licitação, pois tal mensuração não se funda em critérios objetivos (como o menor preço);

Considerando que o Supremo Tribunal Federal já estipulou as balizas para que seja considerado crime licitatório a contratação de escritório de advocacia por inexigibilidade de licitação ao julgar o Inq 3074 / SC, 1ª Turma, rel. Min. Roberto Barroso (julgado 26/08/2014); Considerando que a conclusão do mencionado julgado é a de que, diante da natureza intelectual e singular dos serviços de assessoria jurídica, fincados, principalmente, na relação de confiança, é lícito ao administrador, desde que movido pelo interesse público, utilizar da discricionariedade, que lhe foi conferida pela lei, para a escolha do melhor profissional; Considerando a decisão da Segunda Turma do Supremo Tribunal

Federal, proferida no julgamento da Ação Penal 917 (julgada em 07/06/2016);

Considerando que a contratação direta de advogado ou de escritório de advocacia por ente público, por inexigibilidade de licitação, por si só, não significa ato ilícito ou ímprobo, RESOLVE, respeitada a independência funcional dos membros e a autonomia da Instituição, expedir a seguinte RECOMENDAÇÃO:

Art. 1º **A contratação direta de advogado ou escritório de advocacia por ente público, por inexigibilidade de licitação, por si só, não constitui ato ilícito ou ímprobo**, pelo que recomenda aos membros do Ministério Público que, caso entenda irregular a contratação, descreva na eventual ação a ser proposta o descumprimento dos requisitos da Lei de Licitação.

Brasília-DF, 14 de junho de 2016.

RODRIGO JANOT MONTEIRO DE BARROS

Presidente do Conselho Nacional do Ministério Público

PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO Nº 1.00313/2018-77

Relator: Luiz Fernando Bandeira de Mello Filho

Requerente: Associação Paraibana da Advocacia Municipalista

Adv.: Marco Aurélio de Medeiros Villar - OAB/PB nº 12.902

Requerido(a): Ministério Público do Estado da Paraíba

Interessados: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB

Ordem dos Advogados do Brasil - Seccional da Paraíba

Adv.: Rafael Barbosa de Castilho - OAB/DF nº 19.979/DF e outro

D E C I S Ã O

Trata-se de Procedimento de Controle Administrativo instaurado pela Associação Paraibana da Advocacia Municipalista - APAM contra o Ministério Público do Estado da Paraíba - MP/PB, em função da expedição de recomendação, por parte de diversos membros do referido MP, para que os prefeitos se abstenham de contratar a prestação de serviços advocatícios e de contador por meio de inexigibilidade de licitação.

A requerente narra que o Conselho Nacional do Ministério Público expediu a Recomendação nº 36/2016 afirmando que contratação direta de advogado ou escritório de advocacia por inexigibilidade de licitação não configura, por si só, ato ilícito ou ímprobo.

Relata, no entanto, que em sentido contrário ao decidido pelo Conselho Nacional, seguindo orientação do Centro de Apoio Operacional de Defesa do Patrimônio Público, diversos membros do Ministério Público do Estado da Paraíba estão expedindo recomendações aos prefeitos para que rescindam, no prazo de 30 (trinta) dias, todos os contratos firmados sem licitação para a prestação de serviço advocatícios e realizem concurso ou licitação para as futuras contratações, sob pena do ajuizamento de ações de improbidade administrativa.

(...)

Pelo exposto, concedo a liminar requerida, nos seguintes termos:

1. **suspendo as recomendações expedidas pelos órgãos e membros do Ministério Público do Estado da Paraíba que abordem a contratação de serviços advocatícios, bem como determino que o Ministério Público do Estado da Paraíba se abstenha de expedir novas recomendações de igual cunho, até a apreciação desta liminar pelo Plenário do CNMP;**

2. determino ainda a suspensão de todo e qualquer procedimento administrativo instaurado cuja causa ou motivo tenha sido o descumprimento de alguma das recomendações referidas no item anterior;

Por fim, o Código de Ética e Disciplina da OAB - **Resolução 2/2015** do Conselho Federal - estabelece que "o exercício da advocacia é incompatível com qualquer procedimento de mercantilização" (art. 5º), o

que torna discutível a participação de advogados em procedimentos de competição de preços.

Serviços jurídicos – terceirização – inexigibilidade de licitação – parâmetros – entendimento do STF

Alguns pressupostos para a terceirização dos serviços jurídicos e aplicação da inexigibilidade de licitação constam no **Inquérito 3.074/SC** da relatoria do Min. Roberto Barroso:

Apesar da dificuldade, é necessário atribuir maior densidade à interpretação dos parâmetros legais de notória especialização do profissional e da singularidade do serviço. A falta de tais balizas é prejudicial ao interesse público e aos interesses legítimos dos contratantes privados. Com efeito, a indefinição cria insegurança jurídica e pode levar a equívocos em ambas as pontas do espectro: tanto pela dispensa da licitação em situações em que esta seria possível e devida, quanto pela sua realização em contextos inadequados, retardando atividade relevante ou impedindo a contratação dos profissionais mais indicados à luz da necessidade do caso. Sem falar no risco de responsabilização administrativa e até criminal do gestor público e dos próprios advogados – na linha do que se cogita no presente caso – inclusive nas hipóteses em que seja difícil vislumbrar má-fé na contratação direta.

Assim, na tentativa de aumentar a transparência e a segurança da avaliação a ser conduzida pelo Poder Público, entendo que a inviabilidade de competição deve ser aferida a partir dos seguintes critérios: a) necessidade de procedimento administrativo formal; b) notória especialização do profissional a ser contratado; c) natureza singular do serviço; d) inadequação da prestação do serviço pelos integrantes do Poder Público; e) verificação da prática de preço de mercado para o serviço.

a) Procedimento administrativo formal.

Os procedimentos e contratos lavrados mediante inexigibilidade de licitação devem observar, no que couber, as exigências formais e de publicidade contidas na Lei nº 8.666/93, especialmente as que decorrem dos arts. 26 e 60-64. A necessidade de motivação expressa quanto ao ponto potencializa a verificação de eventuais irregularidades por parte de órgãos de controle e até de agentes da própria sociedade.

b) Notória especialização do profissional a ser contratado.

O art. 25, § 1º, da Lei nº 8.666/93 dispõe sobre a notória especialização: [...].

Como se percebe, o que a norma exige é que a escolha recaia sobre profissional dotado de especialização notória, ou seja, incontroversa. Não basta, portanto, que goze de confiança pessoal do gestor público, sendo necessário que a sua qualificação diferenciada seja aferida por elementos objetivos, reconhecidos pelo mercado. É o caso, e.g., da formação acadêmica e profissional do contratado e de sua equipe, da autoria de publicações pertinentes ao objeto da contratação, da experiência em atuações pretéritas semelhantes.

É certo que esses indicadores continuam permitindo certa margem de discricionariedade na análise do que seja “profissional capacitado a prestar o serviço mais adequado ao interesse público”. Eles parecem suficientes, contudo, para delimitar uma faixa de opções aceitáveis, excluindo a legitimidade de avaliações puramente pessoais dos administradores públicos. O que a lei permite, compreensivelmente, não é a contratação de

talentos ocultos, e sim de prestadores que já são reconhecidos pelo mercado como referências nas suas respectivas áreas.

c) Natureza singular do serviço.

A natureza singular refere-se ao objeto do contrato, ao serviço a ser prestado, que deve escapar à rotina do órgão contratante e da própria estrutura da advocacia pública que o atende. Não basta, portanto, que o profissional seja dotado de notória especialização, exigindo-se, igualmente, que a atividade envolva complexidades que tornem necessária a peculiar expertise. É essa nota de diferenciação que torna inviável a competição, mesmo entre prestadores qualificados, dada a necessidade de um elo de especial confiança na atuação do profissional selecionado. O pressuposto foi objeto da Súmula 39 do TCU, que tem a seguinte redação:

A inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços técnicos com pessoas físicas ou jurídicas de notória especialização somente é cabível quando se tratar de serviço de natureza singular, capaz de exigir, na seleção do executor de confiança, grau de subjetividade insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação, nos termos do art. 25, inciso II, da Lei no 8.666/1993.

Ainda acerca da singularidade do objeto contratado, vejam-se as seguintes passagens de MARÇAL JUSTEN FILHO e CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, destacando que a locução "natureza singular" destina-se a evitar a generalização da contratação direta dos serviços especializados descritos no art. 13: [...].

O caráter parcialmente subjetivo da denominada confiança no profissional pode e deve ser objeto de fundamentação transparente, com o que se permite o controle intersubjetivo quanto à razoabilidade da escolha administrativa. A singularidade do serviço não exige que exista um único profissional apto, mas sim que se demonstre a presença de característica própria do serviço que justifique a contratação de um profissional dotado de determinadas características, em detrimento de outros potenciais candidatos.

d) Inadequação da prestação do serviço pelo quadro próprio do Poder Público.

O fato de a entidade pública contar com quadro próprio de procuradores não obsta legalmente a contratação de advogado particular para a prestação de serviço específico. É necessário, contudo, que fique configurada a impossibilidade ou relevante inconveniência de que a atribuição seja exercida pela advocacia pública, dada a especificidade e relevância da matéria ou a deficiência da estrutura estatal. Sobre o tema, veja-se a seguinte passagem de DIÓGENES GASPARINI:

Destarte, bastaria a verificação dessa circunstância para liberar a Administração Pública da obrigação de licitar. No entanto, outras razões podem reforçar essa contratação direta, a exemplo da urgência na execução dos serviços jurídicos, do número insuficiente de advogados no quadro, da falta de especialização dos profissionais do quadro para a realização do serviço, do excesso de serviços e dos interesses coincidentes do autor da demanda com os da consultoria jurídica.

Também aqui, a fundamentação exercerá papel de dar transparência às razões que impedem a atuação da advocacia pública, evitando abusos e permitindo a fiscalização dos órgãos de controle, bem como da própria sociedade.

e) Contratação pelo preço de mercado.

Por fim, deve ser verificada a adequação do preço a ser pago pelo serviço, nos termos do art. 48 da Lei 8.666/93. Como é natural, a opção por profissionais de referência tende a vir associada à cobrança de honorário em patamar compatível. O fato de a contratação direta envolver atuações de maior complexidade e/ou

responsabilidade pode agravar essa circunstância, contribuindo para a elevação dos valores. Ainda assim, é necessário que a Administração demonstre que os honorários ajustados encontram-se dentro de uma faixa de razoabilidade segundo padrões de mercado, observadas as características próprias do serviço singular e o grau de especialização profissional.

Nova Lei de Licitações – Lei 14.133/2021

A nova Lei de Licitações revogou a exigência de “serviço de natureza singular” como um dos requisitos para a contratação direta através de inexigibilidade de licitação.

A condição agora é “serviço de natureza predominantemente intelectual”. Assim, doravante, são irrelevantes a periodicidade e/ou a dificuldade do serviço e/ou tarefa. Outrossim, cai por terra a confusão entre singularidade e complexidade.

Todavia, foi mantida a imposição de que o contratado seja notoriamente especializado.

Prevê a Lei 14.133/2021:

Art. 74. É inexigível a licitação quando inviável a competição, em especial nos casos de:

III - contratação dos seguintes serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação:

- a) estudos técnicos, planejamentos, projetos básicos ou projetos executivos;
- b) pareceres, perícias e avaliações em geral;
- c) assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;
- e) patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;
- f) treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;

Não é prolixo reiterar que a ausência de notória especialização não impede a terceirização do serviço, mas apenas exige a instauração de licitação.

Notoriedade – conceito

Tanto a Lei 8.666/1993 como a Nova Lei de Licitações trazem a definição de **notória especialização**, respectivamente:

Art. 25, § 1º. Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

Art. 74, § 3º. Para fins do disposto no inciso III do caput deste artigo, considera-se de notória especialização o profissional ou a empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiência, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e reconhecidamente adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

As redações são idênticas e propõem a aferição da notoriedade com base em atributos como desempenho anterior, estudos, experiência, publicações, organização, aparelhamento e equipe técnica.

Portanto, a definição de notoriedade compreende:

“Know-how”: “saber como fazer”, isto é, deter conhecimento técnico e experiência prática.

“Know-why”: “saber porquê”, ou seja, compreender qual o propósito da estratégia ou ação.⁸

“Be able to make”: “ser capaz de fazer”, em outras palavras, estar aparelhado para a execução da tarefa, especialmente, possuir equipe de pessoal, instalações e equipamentos.

É recomendável a aplicação da interpretação sistemática, porque a **Lei 8.666/1993**, em outra parte do texto, e quando fala dos requisitos de habilitação, utiliza as nomenclaturas “aptidão”, “qualificação técnica”, “capacitação técnico-profissional” e “capacitação técnico-operacional”, que, essencialmente, são componentes ou facetas da “notoriedade”:

Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:
II - qualificação técnica;

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;
II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

§ 1º. A comprovação de aptidão referida no inciso II do “caput” deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a:

⁸ <https://www.significados.com.br/know-why/>

I - capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos;

§ 3º. Será sempre admitida a comprovação de aptidão através de certidões ou atestados de obras ou serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior.

§ 5º. É vedada a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta Lei, que inibam a participação na licitação.

§ 10. Os profissionais indicados pelo licitante para fins de comprovação da capacitação técnico-operacional de que trata o inciso I do § 1º deste artigo deverão participar da obra ou serviço objeto da licitação, admitindo-se a substituição por profissionais de experiência equivalente ou superior, desde que aprovada pela administração.

A **Lei 14.133/2021** emprega as palavras "capacidade técnica", "qualificação técnico-profissional", "qualificação técnico-operacional" e "capacidade operacional":

Art. 62. A habilitação é a fase da licitação em que se verifica o conjunto de informações e documentos necessários e suficientes para demonstrar a capacidade do licitante de realizar o objeto da licitação, dividindo-se em:

II - técnica;

Art. 67. A documentação relativa à qualificação técnico-profissional e técnico-operacional será restrita a:

I - apresentação de profissional, devidamente registrado no conselho profissional competente, quando for o caso, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, para fins de contratação;

II - certidões ou atestados, regularmente emitidos pelo conselho profissional competente, quando for o caso, que demonstrem capacidade operacional na execução de serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior, bem como documentos comprobatórios emitidos na forma do § 3º do art. 88 desta Lei;

III - indicação do pessoal técnico, das instalações e do aparelhamento adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada membro da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

V - registro ou inscrição na entidade profissional competente, quando for o caso;

§ 3º. Salvo na contratação de obras e serviços de engenharia, as exigências a que se referem os incisos I e II do caput deste artigo, a critério da Administração, poderão ser substituídas por outra prova de que o profissional ou a empresa possui conhecimento técnico e experiência prática na execução de serviço de características semelhantes, hipótese em que as provas alternativas aceitáveis deverão ser previstas em regulamento.

§ 5º. Em se tratando de serviços contínuos, o edital poderá exigir certidão ou atestado que demonstre que o licitante tenha executado serviços similares ao objeto da licitação, em períodos

sucessivos ou não, por um prazo mínimo, que não poderá ser superior a 3 (três) anos.

A caracterização da notória especialização não exige que o contratado seja famoso ou renomado.

A condição de "celebridade" é, corretamente, requisito de outra hipótese de inexigibilidade de licitação: contratação de profissional do setor artístico – Lei 8.666/1993, art. 25, inciso III; Nova Lei de Licitações, art. 74, inciso II.

Os advogados não são protagonistas do "show business", logo, a notoriedade que lhes é exigida diz respeito à mundana, tediosa e objetiva **capacitação técnico-operacional**, que, em regra, carece de suficiente apelo e glamour para, eventualmente, atrair e ostentar o verniz resplandecente da popularidade ou da consagração pela crítica especializada, opinião pública ou mídia, reconhecimento que, ademais, é frequentemente subjetivo e fugidio.⁹

Conclusões

A partir de tudo que foi dito, é plausível arrematar o estudo com a fixação dos seguintes parâmetros:

Terceirização de serviços jurídicos (inclusive assessoria e consultoria)

1) o município não é obrigado a instituir procuradoria própria e/ou admitir advogado concursado (jurisprudência do STF);

2) no caso de município que possua advocacia própria, a terceirização é admissível quando:

2.1) houver impossibilidade de satisfação mediante os recursos de que dispõe a administração pública (Marçal Justen Filho);

2.2) ficar configurada a impossibilidade ou relevante inconveniência de que a atribuição seja exercida pela advocacia pública, dada a especificidade e relevância da matéria ou a deficiência da estrutura estatal (Min. Roberto Barroso, Inquérito 3.074/SC);¹⁰

3) não se exige que os serviços sejam singulares (incomuns) e/ou complexos; a singularidade era condição apenas para a contratação direta através de inexigibilidade de licitação e a Nova Lei de Licitações demanda somente que o serviço seja de natureza predominantemente intelectual;

⁹ Embora alguns juristas o tenham conquistado ou se esforcem para obtê-lo.

¹⁰ A exigência de "especificidade e relevância da matéria" está em desacordo com a Nova Lei de Licitações.

4) a avaliação da conveniência da terceirização compete discricionariamente ao administrador público e não admite a interferência de órgão externo, salvo nas hipóteses de desvio de finalidade, abuso de poder, afilhadismo e compadrio (STJ, REsp 1.192.332/RS);

Necessidade de licitação

5) é possível a adoção de procedimento de inexigibilidade de licitação, desde que o contratado ostente notória especialização; o requisito da singularidade não foi recepcionado pela Nova Lei de Licitações e, no caso de serviços jurídicos, já era presumido pela Lei 14.039/2020;

6) se o contratado não ostentar a qualidade da notória especialização, a terceirização não está proibida, apenas é necessário instaurar procedimento licitatório;

7) não se exige que exista um único profissional apto, mas sim que se demonstre a presença de característica própria do serviço que justifique a contratação de um profissional dotado de determinadas características, em detrimento de outros potenciais candidatos (STF, Inquérito 3.074/SC).

Notória especialização

8) não é necessário que o contratado seja famoso ou renomado;

9) a notoriedade exigida dos advogados diz respeito ao simples reconhecimento da capacitação técnico-operacional.

É esperado que, com a edição da Nova Lei de Licitações, que abandonou a exigência de "serviço de natureza singular" e substituiu-a pelo conceito de "serviço de natureza predominantemente intelectual", a contratação de serviços jurídicos pelos municípios deixe de ser impugnada pelos órgãos de fiscalização e de controle externo, ou, ao menos, somente seja contestada quando houver manifesta ofensa ao interesse público.

As mesquinhas controvérsias atuais, relativas à natureza do serviço e às prerrogativas dos municípios, parecem fadadas ao esquecimento.